

De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)*

W.H. van Boom

1. Inleiding

Zoals bekend bestonden er nauwe banden tussen privaatrechtswetenschap en het wetgevingsbedrijf gedurende het lange ontwikkelingstraject van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW). De totstandkomingsgeschiedenis van het NBW is immers, met de opdracht aan Meijers, het driemanschap en de constructie van regeringscommissarissen, in veel opzichten een 'professorengeschiedenis'.¹ Maar hoe is het na de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht in 1992 verder gegaan? Hoe heeft de verhouding tussen privaatrechtswetenschap en de wetgever zich sindsdien ontwikkeld en welke factoren waren daarbij bepalend? Deze vraagstelling, die zicht kan geven op de maatschappelijke betekenis van de hedendaagse privaatrechtswetenschap, staat in deze bijdrage centraal; bij de beantwoording put ik vooral uit eigen observatie en ervaring sinds 1992 (toevallig ook het jaar waarin ik mijn academische loopbaan startte).

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst geef ik een indruk van de ontwikkelingen in privaatrechtelijke wetgeving en beleid sinds 1992 (par. 2). Daarna ga ik in op hoe de privaatrechtswetenschap zich ontwikkeld heeft (par. 3). Vervolgens geef ik een aantal concrete voorbeelden van de interactie tussen 'de' wetgever en privaatrechtswetenschap (par. 4), waarmee ik wil illustreren dat de rechtswetenschap naar mijn indruk weinig directe invloed heeft en wil hebben op het wetgevingsproces (par. 5). Ik besluit met een inventarisatie van hetgeen ik gevonden heb (par. 6). Wat hierna volgt, is overigens geen verslag van uitputtend onderzoek, maar veeleer een eerste aanzet tot hypothesevorming. Het is dus lapidair, anekdotisch en voor verbetering vatbaar.² Nog een laatste punt: daar waar ik kritiek uit op privaatrechtswetenschappers, trek ik mij die zelf ook aan.

2. Een aantal ontwikkelingen in wetgeving

Een van de belangrijkste veranderingen sinds 1992 is de toegenomen hoeveelheid implementatiewetgeving in met name het vermogensrecht en ondernemingsrecht. Vaak betreft het wetgevend werk hier de inpassingsvraag: hoe en waar in het NBW moet de regeling terechtkomen? Opvallend is dat privaatrechtsweten-

* Met dank aan collega's Lindenbergh en Giesen voor commentaar en discussie.

1 Zie m.n. E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1994, p. 91 e.v.

2 Bovendien beperk ik mij vooral tot het vermogensrecht en enkele ontwikkelingen in het burgerlijk procesrecht. Personen-, familie- en erfrecht bleven net als vervoerrecht en internationaal privaatrecht (IPR) buiten beeld.

schappers zich veelal pas in het discours mengden in de implementatiefase en dat inhoudelijke kritiek op de regeling dan dus te laat kwam. Lang niet alle Nederlandse privaatrechtswetenschappers hebben zich omgeschoold tot actieve volgers van Europees beleid die in de totstandkomingsfase van EU-wetgeving met Engelstalige publicaties invloed proberen uit te oefenen op wetgevingskwaliteit.

Een tweede ontwikkeling is dat na voltooiing van de NBW-operatie in 1992³ de rol van het privaatrecht in bepaalde gebieden minder prominent is geworden. Dat is niet verwonderlijk: de naoorlogse generatie academici groeide op met het NBW als een kathedraal in aanbouw, waar alle aandacht naar uitging en die een echte dialoog tussen wetgever en academische wereld teweegbracht.⁴ Dat er sinds 1992 aandacht voor andere gebieden kwam, is niet meer dan gewoon. Maar er gebeurde meer dan dat. Het lijkt of privaatrecht als zodanig minder belangrijk is geworden. Zo werd overheidsaansprakelijkheid voor vernietigde besluiten deels naar het bestuursrecht verkaveld en is aanbesteding door overheden ver buiten het gezichtsveld van het privaatrecht geraakt. Ook kan worden gezegd dat bepaalde gebieden zich tot functionele rechtsgebieden hebben ontwikkeld die nog maar zijdelings met privaatrecht van doen hebben. Het bank- en effectenrecht is een voorbeeld van een dergelijk rechtsgebied dat na 1992 onherkenbaar is gereguleerd en dat nu gedomineerd wordt door publiekrechtelijk ingevulde en uitgewerkte zorg- en waarschuwingsplichten, regels voor advertenties, prospectussen, 'eigendom' van aandelendepots en wat dies meer zij. Reguleringvraagstukken rondom financiële dienstverlening (bijvoorbeeld geldlening, verzekeringen, beleggingen) zijn allang niet meer primair privaatrechtelijk van aard. Dat rechtsgebied is dus een voorbeeld van het verloren gaan van de gemeenrechtelijke kern en van de verschuiving van zwaartepunt van algemene horizontale codificatie naar sectorale codificatie en meerlagige regulering.⁵

Dergelijke ontwikkelingen doen voor de beoefening van de privaatrechtswetenschap overigens ook de vraag rijzen wat eigenlijk nog wel en niet tot het privaatrechtelijke domein behoort.⁶ Misschien dat we in de academische wereld wat dit betreft een ontwikkeling zullen meemaken waarbij het NBW minder belangrijk wordt als studieobject en het voor de wetgever dus nog moeilijker wordt om juris-

3 Dat is onzuiver: het bouwwerk is nog steeds niet voltooid. De Boeken 4 (erfrecht), 7 (bijzondere overeenkomsten), 8 (vervoermiddelen), 9 (nog niet aangevat; intellectueel eigendomsrecht (IE)) en 10 (onlangs ingevoerd; IPR) zijn na 1992 nader aangevuld dan wel ingevoerd of moeten nog worden ingevoerd.

4 Het beeld van de dialoog zien we bijv. bij A.R. Bloembergen, 'De open wetenschap van het privaatrecht' (afscheidsrede Leiden), in: *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 429; A.R. Bloembergen, 'Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht', in: *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 511.

5 Naast de Wet financieel toezicht (Wft) kan worden genoemd de sectorale regulering van nutssectoren waarbinnen bijvoorbeeld regels gesteld worden over contractvorming, contractinhoud en marketing. Een tegengestelde ontwikkeling zien we bij de Zorgverzekeringswet, waarmee de publiekrechtelijke Ziekenfondswet werd vervangen door een in naam privaatrechtelijke verzekeringsvorm (die echter qua inhoud en prijs dwingendrechtelijk gereguleerd is).

6 Voor sommige beoefenaren van het arbeidsrecht – dat nu eenmaal gedeeltelijk in Boek 7 BW terechtgekomen is – is dit domeinvraagstuk uitgegroeid tot de existentiële vraag 'Is arbeidsrecht privaatrecht of niet?'

ten te vinden die goed ingevoerd zijn in de gelaagde structuur, kernbegrippen en opbouw van het wettelijke privaatrecht.⁷

Een derde en laatste ontwikkeling die ik hier signaleer, is die van een verschuivende aandacht van de wetgever.⁸ Toen het werk aan het doctrinaire NBW-hoogstandje in 1992 gedaan was, kon de aandacht naar andere zaken uitgaan. Zo is na 1992 door het ministerie van Veiligheid en Justitie (VenJ; ik gebruik die afkorting gemakshalve om ook het eerdere ministerie van Justitie aan te duiden) intensiever werk gemaakt van herziening van het burgerlijk procesrecht en de rechterlijke organisatie in algemenere zin. Dat betekende echter niet alleen een verschuiving van aandacht, maar ook een verschuiving van motief. Het departementale belang bij die herzieningsoperaties werd al snel in de sleutel gesteld van efficiëntie, schaalvergroting en verbetering van doorlooptijden. Die verschuiving in aandacht heeft vermoedelijk ook een iets andere verhouding tussen privaatrechtswetenschappers en VenJ met zich gebracht. Waar bijvoorbeeld het NBW-discours tussen rechtsgeleerde literatuur en de regeringscommissaris over juridische fijnslijperij kon gaan waar voor het departement mogelijk niet altijd veel geld op het spel stond, kregen dat discours en de verhouding mogelijk een andere lading waar dat financiële belang er duidelijk wél was.

3. Privaatrechtswetenschap sinds 1992

Om een beeld te krijgen van de ontwikkeling van de privaatrechtswetenschap sinds 1992 kan men kijken naar recente hoogleraarsbenoemingen. Mijn indruk is dat er weinig is veranderd in de 'signatuur' van nieuw benoemde hoogleraren. Het ordinariaat in privaatrecht (het gewoon hoogleraarschap, veelal in (vrijwel) voltijd uitgeoefend) lijkt de afgelopen jaren weinig te zijn veranderd wat betreft de academische taakopvatting. Veel ordinarii zien het – begrijpelijkerwijs – als hun taak om rechtspraak te commentariëren, om de rechtsstof te ordenen in handboeken en overzichtsartikelen, om de rechtspraktijk voor te lichten, om dogmatische

7 Faculteiten kunnen in een vierjarige rechtenopleiding vermoedelijk steeds minder algemeen privaatrecht stoppen vanwege het toenemend belang van andere rechtsgebieden.

8 Er staan nog wat in verval geraakte wetten die op sloop wachten, zoals het Wetboek van Koophandel en Boek 7A BW. Vermoedelijk heeft dit geen prioriteit. Het lijkt erop dat de 'verslaptte aandacht' van de wetgever voor het BW na de hoogtijdag van 1 januari 1992 inmiddels tot oproepen heeft geleid tot het instellen van permanente wetenschappelijke commissies tot behoud van het burgerlijk recht (of iets dergelijks); zie A.J. Verdaas, 'Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht', *NTBR* 2010, p. 397 e.v.; vgl. A.J. Verheij, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht?', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 185 e.v.

analyse te verrichten en om glossen bij wetsvoorstellen te plaatsen.⁹ Natuurlijk zijn er nieuwe accenten in het object van onderzoek – zoals europeanisering en de gelaagde privaatrechtsorde – maar een paradigmaverschuiving in privaatrechtswetenschapsopvatting is mijns inziens niet te ontwaren.¹⁰ Opvallend is de gebleven gerichtheid op rechtspraak.¹¹ Er zijn natuurlijk privatisten die op deelterreinen de wetgever proberen te overtuigen van de juistheid van hun visie op wenselijk recht, maar in het vermogensrecht wordt vaker de pen opgepakt om de rechter van een vermeend dwaalspoor af te houden of weg te voeren. Ideologische discussies over het rechtvaardigheidsgehalte van het vermogensrecht komt men nauwelijks tegen.¹² Wel is er een lichte toename van aandacht voor de sociaal-wetenschappelijke bestudering van het privaatrecht (rechtseconomie, -sociologie,

- 9 En dat is in het vermogensrecht niet zo vreemd, zo herformuleer ik G.-J. Veerman, 'Evidence en privaatrechtelijke wetgeving', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 58, omdat het BW vanwege zijn lenigheid (Veerman doelt op het oude BW, maar hetzelfde geldt voor het nieuwe BW) zelf weinig informatieve waarde heeft. Daarom vermoed ik dat H. Drion, die stelde dat rechtsvorming door rechtspraak oneindig veel minder belangrijk voor de moderne samenleving is dan rechtsvorming door de wetgever (H. Drion, *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377), hier niet doelde op het vermogensrecht. Zie ook zijn ontnuchterende uitlatingen op p. 395, waar hij eigenlijk suggereert dat het vermogensrecht een vergeten reservaat voor juristen is.
- 10 Dit thema is mooi op de kaart gezet door J.B.M. Vranken, *Algemeen deel* ***, Deventer: Kluwer 2005, p. 120 e.v.
- 11 Dit staat niet op gespannen voet met de conclusies van G. van Dijk e.a., 'Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik', *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 44 e.v. Hun kwantitatieve analyse van 82 dissertaties betreft het verband tussen enerzijds het onderzochte onderzoeksdomein (onderverdeeld in 'klassieke' en 'niet-klassieke rechtsgebieden') en anderzijds drie gevolgde onderzoeksstijlen (intern juridisch perspectief dat gebondenheid aan de wet (recht?) vooropstelt en dat daarbinnen oplossingen zoekt (1), extern perspectief met gebruikmaking van een theorie en methode, dat het recht verklaart of normatief beoordeelt (2), en extern perspectief, veelal zonder expliciete methode maar wel met eclectisch gebruik van juridische en niet-juridische bronnen om te stellen hoe het recht zou moeten luiden (3)). De derde onderzoeksstijl noemen zij 'het rolmodel van de wetgever'. Zij concluderen dat veel dissertaties in 'klassieke rechtsgebieden' die derde stijl aannemen. Dat betekent evenwel niet dat deze dissertaties zich op de wetgever richten, maar alleen dat deze proefschriften in het beste geval methodologische potpourri opleveren en in het slechtste een ongefundeerd normatief standpunt (zoals wetgevers plegen te doen, zo parafraseer ik de onderzoekers). Ik vind de typologie van de rolmodellen in dit onderzoek – nog afgezien van de labeling – overigens ongelukkig, want niet scherp gedefinieerd; ook de onderverdeling 'klassiek'/'niet-klassiek' is betwistbaar omdat die eigenlijk een onderverdeling tussen positiefrechtelijke vakken (= ingedeeld naar object) enerzijds en metajuridica (= ingedeeld naar methode) anderzijds betreft. Ik herken overigens wel het beeld van onderzoeksstijl 3, hoewel ik vermoed dat die bij vermogensrechtelijke proefschriften veelal samengaat met onderzoeksstijl 1.
- 12 Wellicht is Hartlief een uitzondering, die met zijn neoliberale visie op het vermogensrecht een impuls heeft gegeven aan het debat over de wenselijkheid van verdergaande zorgplichten. Natuurlijk kunnen ook anderen worden genoemd (zoals Spier, die de verzekeraarheidsvraag en dus de grenzen aan spreiding van schade door het vermogensrecht op de agenda heeft gezet; Barendrecht, Brenninkmeijer en Vranken voor hun bijdrage aan het debat over civiele geschilbeslechting en verbetering van het procesrecht – van de genoemden is overigens alleen Hartlief ná 1992 benoemd), maar hun bijdragen zou ik eerder als pragmatisch dan als ideologisch willen kwalificeren.

en -psychologie) en de vertaling daarvan naar beleid.¹³ Die aandacht is echter niet overal even groot, en waar ze wel bestaat valt het te bezien of faculteiten er serieus in willen blijven investeren. Het kan er wel op duiden dat de verschillende vakgroepen privaatrecht in ons land bezig zijn een eigen stijl en focus te (her)ontwikkelen.¹⁴ Misschien dat we daarom over een aantal decennia kunnen zeggen dat zich in de periode 1992-2012 een paradigmawisseling in de privaatrechtswetenschap voltrok, maar ik zie er eerlijk gezegd nog weinig van.

Ik zie vandaag vooral een vergelijkbare ambivalentie als in 1992. De privaatrechtswetenschap worstelt nog steeds met sterk conflicterende functies. Rechterlijke macht en advocatuur vragen om praktijkgerichte systematisering, voorlichting en dogmatische inpassing van rechterlijke uitspraken en becommentariëring van nieuwe wetgeving. Die vraag leidt tot handboeken, cursuswerk, annotaties en overzichtsartikelen.¹⁵ De academische wereld vraagt om reflectie, dialectiek en visie. Die vraag leidt tot hoogwaardige publicaties die de praktijk (rechters, advocaten) als irrelevant afdoet. En omdat professoren toch vaak diezelfde rechters en advocaten als hun publiek zien, ontstaat een spanningsveld. Sommigen komen bewust tegemoet aan de praktijkgerichte vraag, anderen combineren of laveren en weer anderen kiezen bewust voor een carrièrepad dat in de praktijk onopgemerkt blijft. Dit spanningsveld maakt het voor wetgevingsambtenaren moeilijk om te achterhalen welke academicus de expertise heeft die nodig is om advies uit te brengen, commissiewerk te doen of een rapport op te stellen om Kamervragen mee te beantwoorden. Vaak zal zich dit met wat speurwerk en navraag oplossen. In een aantal gevallen is het logischer om helemaal geen privatist te benaderen maar juist een wetenschapper met een andere methodologie (bijvoorbeeld een socioloog of rechtseconoom) of een consortium waarin de privatist niet de bovenaan voert.

Nog een laatste opmerking over het werkveld van academici. Als er sinds 1992 iets is veranderd, dan zijn het de eisen die aan privaatrechtelijk onderzoek worden gesteld. In sommige faculteiten is zwaar ingezet op internationale thema's en Engelstaligheid, andere zetten in op multidisciplinariteit, weer andere blijven bij rechtspositivistische dogmatiek. Maar wat alle faculteiten gemeen hebben, is een toenemende druk om de wetenschappelijkheid van juridische publicaties beter te valideren, om vakpublicaties (dus juist de publicaties die de praktijk waardeert) te onderscheiden van wetenschappelijke publicaties, en ook om minder losbladigen, bundels en studieboeken te produceren en méér in A-tijdschriften (wat dat ook mogen zijn) te publiceren. De soep wordt vermoedelijk niet overal even heet gegeven, maar het kan wel een verwijdering betekenen tussen het soort werk dat academici doen en het soort expertise dat 's Rijks departementen nodig hebben.

- 13 Vranken 2005, p. 61 ziet een voorzichtige trend. Daarna volgde bijv. W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- 14 Relevant hierbij is dat onderzoeksprogramma's sinds 1992 een stuk serieuzer zijn geworden. Waren het vroeger nietszeggende paraplu's, tegenwoordig brengen ze werkelijk meer focus aan in het onderzoeksdomein en de gebruikte methoden.
- 15 Vgl. W. Schrama, 'Empirisch onderzoek in de familierechtswetenschap', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 80.

Wellicht kan dus in de toekomst een groeiende verwijdering worden gesignaleerd. Als dat een juiste voorspelling is, zal het beeld van hoogleraren als de stoffige bewakers van het vermogensrechtelijk BW-bouwwerk ook verdwijnen. Nu wordt nog wel eens gesuggereerd dat professoren vooral goed zijn in het afweren van aanvallen op de integriteit van de gelaagde structuur en Meijers' begripsvorming.¹⁶ De vraag is of dat beeld over – laten we zeggen – twintig jaar nog steeds accuraat is wanneer nu reeds de aandacht (en kunde) onder privatisten voor de wetgevingstechnische kant van het privaatrecht afneemt, bijvoorbeeld door de verschuiving in onderzoeks aandacht. Ander onderzoek zal namelijk dan vroeg of laat ook leiden tot veranderingen in onderwijs zoals dat aan de opvolgende generaties professoren en wetgevingsjuristen gegeven wordt.

4. Interactie tussen wetgever en privaatrechtswetenschap

Interactie veronderstelt dat men hetzelfde tempo aanhoudt. Soms gaat wetgeving *te snel* voor de privaatrechtswetenschap en blijft cruciaal commentaar in de wetgevingsfase uit. Soms gaat omgekeerd de privaatrechtswetenschap *te snel* voor de beleidsmaker. De *Fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht* is daar een voorbeeld van. Ik kom daar nog op terug.

Afgezien van verschil in tempo is er soms ook gebrek aan omgevings sensitiviteit. Als men als wetenschapper in een academische omgeving opgroeit, zou op enig moment een cursus 'Waarheen, waarvoor' wel zinvol zijn. Mijn ervaring is namelijk dat academici vaak niet stilstaan bij de vraag of ze met hun werk invloed willen uitoefenen, laat staan op wie. Als de ambitie niet verder gaat dan een mooi stuk schrijven en dat gepubliceerd krijgen, moet men niet raar opkijken als 'de' wetgever er geen kennis van neemt. Mijn indruk is dat als privaatrechtswetenschappers met succes invloed op de loop van het wetgevingsproces willen uitoefenen, zij er verstandiger aan doen om twee sporen tegelijk te belopen: publiceren in tijdschriften, maar vooral ook op andere manieren, zoals het benaderen van de vaste commissies en fracties, zodat relevante vragen gesteld kunnen worden, en het activeren van belanghebbende organisaties.¹⁷ Publicaties komen te laat en worden niet altijd gelezen. Ook het instrument van informele rondetafelbijeen-

16 Ik ben er zelf ook wel eens van beschuldigd. Zie toenmalig minister van Justitie Donner: 'Er zullen in Nederland ongetwijfeld hoogleraren zijn die, verblind door de schoonheid van het BW, menen dat hier weinig in ingepast kan worden. Nogmaals, de wetgever is er niet voor juridische monumentenzorg.' Zie *Handelingen I* 2004/05, p. 17-768, over W.H. van Boom, 'Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-307.

17 Bij initiatiefwetgeving speelt wellicht nog dat beïnvloeding van de indieners ondoenlijk is. Een initiatiefwetsvoorstel is voor een Kamerlid vermoedelijk de kers op de parlementaire taart. Zij zullen niet snel van hun stuk te brengen zijn, zodat academische kritiek op een eenmaal ingediend voorstel misschien minder zinvolle tijdsbesteding oplevert dan het leveren van kritiek op departementale voorontwerpen. Ik noem bij wijze van voorbeeld het wetsvoorstel 30 519 tot wijziging van Boek 6 BW (verruiming aansprakelijkheid gedragingen minderjarige kinderen). Dat voorstel ziet met name op verruiming van verhaal op ouders voor vandalisme door tieners, waar aansprakelijkheidsverzekeraars geen dekking voor zullen willen bieden en waar de betreffende ouders vermoedelijk zelden verhaal voor zullen bieden. Doelbereiking door deze wet is dus kwestieus, alle 'law and order'-retoriek van de indieners ten spijt.

komsten en formele consultatierondes is geschikt en zou beter kunnen worden benut door privaatrechtswetenschappers.¹⁸ Ik moet echter tot mijn schande zeggen dat ik er zelf zelden gebruik van maak vanwege tijdgebrek. Hier zou nog veel kunnen worden verbeterd als men op de universiteiten een actievere rol aanneemt (al dan niet in groepsverband) om snel ongevraagd advies te geven in wetgevingsprocessen. Die actieve academische rol lijkt sowieso te ontbreken in het privaatrecht. De klassieke functie van de NJV-adviezen, en stemmingen ter vergadering die ertoe strekken de minister te adviseren op bepaalde beleidsonderdelen, kennen we niet in het privaatrecht (en laten we wel wezen: die functie heeft de NJV ook allang niet meer). De (schaarse) academische verenigingen laten zelden van zich horen in het wetgevingsdebat, anders dan verenigingen die door de beroepspraktijk worden gedreven. En daar hoort men vooral standpunten van stakeholders.

En dan de inhoudelijke invloed van de privaatrechtswetenschap op het wetgevingsproces. Mijn inschatting is dat die invloed niet groot is en zeker niet groter is geworden sinds 1992. De doctrine is geen rechtsbron en moet het hebben van haar eigen overtuigingskracht.¹⁹ De politieke geladenheid van het onderwerp speelt ongetwijfeld een rol: hoe sterker de politieke stuwkracht om de betreffende wettelijke regeling in te voeren, des te minder relevant wordt het eventuele tegengeluid uit de privaatrechtswetenschap. Zo zal academisch-ideologische kritiek op een politiek-ideologisch gedreven wetsvoorstel (laten we zeggen: huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht) niet snel slagen. Dat heeft vaak met inhoud, maar soms ook met tijdsdruk te maken. Over een NBW kon decennialang worden gedebatteerd in de Kamer en daarbuiten, maar die luxe bestaat niet bij privaatrechtelijke deelwetgeving die bijvoorbeeld ertoe dient om de staatskas te spekken of te verlichten.²⁰ Bovendien voeren wetenschappelijke inzichten in politieke besluitvorming lang niet altijd de boventoon. Een voorbeeld biedt de kwestie van aansprakelijkheidsbeperking voor financiële toezichthouders. Onderzoek uit 2006 in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) toonde dat die toezichthouders geen angst voor aansprakelijkheid kenden, geen behoefte voelden aan beperking en dat bovendien de kans op succesvolle aansprakelijkstelling beperkt was tot koeien van fouten.²¹ Er volgde geen wetgevend ingrijpen. Toen de financiële crisis uitbrak, gingen de panelen schuiven. De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM),

18 Overigens heeft Veerman (2012, p. 55, noot 6) een punt als hij zegt dat er geen methodologie ten grondslag ligt aan deze peiling van standpunten.

19 P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam: Agon Elsevier 1974, p. 102. Vgl. Bloembergen 1992, p. 504-505 en 520-521.

20 Voorbeelden zijn wetgeving ter invoering van regresrechten in de (geprivatiseerde) sociale verzekeringen, het uitbreiden van verhaal op bezitters van gebrekkige auto's die het wegdek van Rijkswaterstaat beschadigen, maar ook het uitblijven van afschaffing van het fiscaal voorrecht (hoewel daar macro-economisch goede argumenten voor bestaan, die in de literatuur zijn geuit).

21 'Zowel landelijke als lokale toezichthouders verklaren dat zij zich in hun beleid niet laten leiden door angst voor aansprakelijkheidsclaims', tekende Van Dam nog in 2006 op (C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, WODC-rapport 2006 van het BIICL i.o.v. het WODC).

die in 2006 nog stoer hadden laten weten dat beperking niet nodig was, drongen aan op aansprakelijkheidsbeperking. Het ministerie van Financiën liet vervolgens in 2009 onderzoek uitvoeren dat wederom aantoonde dat er geen noodzaak was voor wettelijk ingrijpen,²² en het kabinet onderschreef de conclusies. Toch is er in 2011 een Kamermeerderheid vóór wettelijk ingrijpen en een nieuw kabinet dat overgaat tot het invoeren van een beperkte aansprakelijkheid, op basis van argumenten die al weerlegd waren in het academische onderzoek.²³

Waar wél succes is geboekt in de dialoog tussen wetgever en privaatrechtswetenschap, is in het burgerlijk procesrecht. Sinds 1992 is VenJ opmerkelijk actief geweest op het terrein van het burgerlijk procesrecht.²⁴ Na een algehele herziening in 2002 om snelheid en effectiviteit te verbeteren, is aan de Commissie fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht (het driemanschap Asser-Vranken-Groen) opdracht gegeven om – precies – zich fundamenteel te herbezinnen op de fundamenten van het burgerlijk procesrecht. Het tussenrapport kondigde een paradigmatische verschuiving aan van partijautonomie naar gezamenlijke verantwoordelijkheid.²⁵ Het eindrapport concretiseerde een en ander.²⁶ Zoals te verwachten waren de reacties gemengd. De kritiek vanuit het beroepenveld, de rechterlijke macht en adviescommissies betrof bijvoorbeeld het afbreken van lijdelijkheid als fundament van de procedure. Of de door het driemanschap gepropageerde stelselwijzigingen tot voor de overheid goedkoper, hoger gewaardeerd én sneller burgerlijk procesrecht zouden leiden, is moeilijk in te schatten. Zo ver heeft het departement het niet laten komen. Als ik het goed zie, heeft men ten departemente de fundamentele herbezinning een nuttige exercitie gevonden, die echter niet aanleiding heeft gegeven tot *directe en radicale* stelselwijzigingen.²⁷

Maar toch zou ik van succes willen spreken. In de slipstream van de Herbezinning zijn namelijk andere initiatieven tot ontplooiing gekomen, die twintig jaar geleden ondenkbaar waren.²⁸ In die zin moet de academische bijdrage aan het herbe-

- 22 E. de Kezel, C. van Dam, I. Giesen & C.E. du Perron, *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie*, Amstelveen: deLex 2009.
- 23 Wet van 19 juni 2012, *Stb.* 2012, 265 (Kamerstukken 33 058). Terecht kritisch ('Een paar jaar geleden was alles nog koek en ei, we krijgen een financiële crisis van heb ik jou daar, DNB laat steken vallen en nu moet opeens worden voorkomen dat zij daarvoor in de toekomst aansprakelijk kan worden gehouden.') is C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank*, *NTBR* 2010/afl. 7, p. 224 e.v.
- 24 Ook de rechterlijke organisatie als zodanig is sinds 1992 onherkenbaar veranderd door talrijke 'efficiëntieslagen', outputnormen, introductie van de Raad voor de rechtspraak, herziening griffiestelsel en gerechtelijke kaart en afschaffing procuraat.
- 25 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- 26 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd: eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- 27 Hoewel die wel geagendeerd werd in de initiële kabinetsreactie. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 951, nr. 1.
- 28 Hier kan bijvoorbeeld worden genoemd het rapport 'Versterking van de cassatierechtspraak' van de Commissie normstellende rol Hoge Raad (2008), dat selectie aan de poort van de Hoge Raad voorstelt.

zinningsdebat worden gezien als een smeermiddel voor stapsgewijze verbeteringen. Zo is er écht creatief wetgevingswerk verricht met het invoeren van een deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade en de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, en de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).²⁹ Natuurlijk zijn deze wetten geen academische vindingen, maar in dit domein is wel een serieuze dialoog tussen wetgever en academici tot stand gekomen die tot echte vernieuwing heeft geleid. Ik zou de WCAM zelfs het predicaat ‘meest innovatieve stuk privaatrechtelijke wetgeving’ van de afgelopen twintig jaar willen geven. Die wet is toch op het conto te schrijven van wetgevingsjurist en privaatrechtswetenschapper Frenk, een scherp jurist met kiene blik voor minimaal wettelijk ingrijpen met maximaal effect. Dat de WCAM zo’n grote maatschappelijke impact heeft gekregen, was overigens een onverwacht gunstig neveneffect: de wet werd in 2005 ingevoerd met het oog op afwikkeling van de langsepende DES-affaire, maar blijkt een (internationale) magneet voor prospectusaansprakelijkheid en andere financiële massaschadezaken.³⁰

5. Academici, blijft nuchter!

Er zijn dus succesverhalen, maar ik denk dat nuchterheid op haar plaats is wat betreft de rol van academici. Academici moeten, als zij een departementale opdracht aanvaarden, zich dus geen illusies maken over hun rol. Die is vaak marginaal en soms zuiver instrumenteel. De wetgevingsrationaliteit is uiteraard een andere dan de academische rationaliteit.³¹ De uitkomsten van het werk van academici kunnen zomaar in een lade verdwijnen, ook als zij het inhoudelijk bij het rechte eind hebben. Als bijvoorbeeld moet worden bezuinigd op het departement, dan zijn grote hercodificatieklussen waar geen brandende maatschappelijke noodzaak voor bestaat, een makkelijk slachtoffer. Dit is in 2009 gebeurd met het voorstel van de commissie-Kortmann voor een nieuwe Insolventiewet,³² dat bij de ‘taakstellingsoperatie’ in een lade verdween.³³

Academische invloed op een wetgevingsproces verloopt bovendien niet als een eenvoudig te voorspellen proces: inhoudelijk sterke argumenten zijn nog geen

29 Respectievelijk wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010, 221, wet van 9 februari 2012, *Stb.* 2012, 65 en wet van 5 juli 2005, *Stb.* 2005, 340.

30 Natuurlijk bemoeien stakeholders zich uitgebreid met deze wet, de evaluatie en wijziging ervan, maar de wetenschappelijke belangstelling is ook enorm. Of de bijdrage van wetenschappers die (net als ik) niet met de poten in de klei staan hier groot is, mag echter worden betwijfeld.

31 Over politieke rationaliteit bijv. G.J. Veerman, *De wet als zinsbegoochelingstoestel – over de kwaliteit van wetgeving* (oratie Maastricht), 2004; G.J. Veerman, m.m.v. S.R. Hendriks-de Lange, *Over wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 155 e.v. Over de vier rationaliteiten van Snellen bijv. S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 271. Vgl. in een privaatrechtelijke context C.C. van Dam, *Politieke infiltratie in het privaatrecht* (oratie VU Amsterdam), 1994.

32 Voorontwerp voor een insolventiewet 2007.

33 Zie antwoord op Kamervragen 17 januari 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, Aanhangsel, 1014. Bij wijze van troost voor de commissie-Kortmann: als rond 2008 een NBW-project zou zijn gestart, dan zou het vermoedelijk na het uitbreken van de huidige financiële crisis ook in de ijskast zijn beland.

politiek wenselijke argumenten. De uitkomsten kunnen ook als politiek irrelevant terzijde worden geschoven.³⁴ Dit zagen we al bij de toezichthoudersaansprakelijkheid, maar er kan ook gewezen worden op het wetsvoorstel affectieschade, dat na een kronkelig en langdurig parlementair traject in de Senaat sneuvelde.³⁵ De aanleiding voor het wetsvoorstel was dat de Hoge Raad binnen de bestaande wettelijke systematiek van het schadevergoedingsrecht geen ruimte zag voor toekenning van smartengeld aan nabestaanden van een overledene bij onrechtmatige daad voor het enkele feit van de pijn en het verdriet door het gemis.³⁶ Het ministerie diende onder druk van belangenorganisaties en na consultatie van de verzekeringsindustrie een voorstel in dat naast academische steun ook kritiek kende. In het parlement waren met name ethische overwegingen een struikelblok en werd betwijfeld of nabestaanden wel op een dergelijke geldelijke tegemoetkoming voor verdriet zaten te wachten. De minister zegde toe om daar eerst empirisch onderzoek naar te doen alvorens de behandeling voort te zetten. Dat empirisch onderzoek werd vervolgens in twee fasen uitgevoerd door privatist Akkermans c.s. (VU). De resultaten toonden dat er onder nabestaanden maatschappelijke steun bestond voor (de kern van) het wetsvoorstel.³⁷ Niettemin verwierp vervolgens de Senaat het voorstel, met als argumenten dat het ethisch en politiek ongewenst zou zijn en een claimcultuur zou aanwakkeren.³⁸

Als ik het voorzichtig inschat, dan is de afgelopen jaren de meest succesrijke rol van de privaatrechtswetenschap voor het wetgevingsproces te vinden in die van commentator en agendamaker. Zo was er eind jaren negentig ten departemente veel te doen over de claimcultuur – een onderwerp waar organisaties als VNO-NCW bij tijd en wijle aandacht voor vragen uit zorg voor verstikkende aansprakelijkheidsdruk voor ondernemers – zonder dat er veel bewijs voorhanden was over

- 34 Vgl. R.E. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), 2008, die terecht schrijft dat bestuurders en politici lang niet altijd bereid zijn om zich te laten verrassen door de werkelijkheid.
- 35 Wetsvoorstel 28 781 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten i.v.m. de vergoedbaarheid van schade door overlijden of ernstig letsel. Zie over dit wetsvoorstel en de vreemde interactie tussen wetenschap en wetgever in dit dossier T. Hartlief, 'De civilist en de civiloloog. Hoe vergaat het de civilist bij het beoefenen van deze nieuwe (?) tak van sport?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 48-50.
- 36 Enige ruimte voor toekenning van schadevergoeding bij het getuige zijn van het ongeluk bestaat wel.
- 37 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I: terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007; A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II: affectieschade*, Den Haag: WODC 2008.
- 38 Nota bene: de verzekeringsindustrie stond achter het wetsvoorstel omdat men de behoefte eraan erkende en het een goed in te schatten en te spreiden schadepost betreft.

het bestaan van een dergelijke cultuur.³⁹ Wat vooral bleek – het NJV-advies van Spier c.s. uit 1996 had de agenda daarvoor al gesteld – was dat er geen feitenverzameling plaatsvond over trends (stijgingen en dalingen van het aantal rechtbankzaken, claimomvang, verzekeraarbaarheid), zodat het onmogelijk was om zinnig wetgevingsbeleid op te stellen, maar ook dat het zeer moeilijk was voor wetgevingsambtenaren om weerwoord te bieden aan het Verbond van Verzekeraars zodra dat het veto ‘onverzekeraar’ in de mond nam.⁴⁰ Ik denk dat de rol van de privaatrechtswetenschap hier is geweest het agenderen bij de wetgever van de noodzaak om beter beslagen ten ijs te komen in dergelijke overlegsituaties met repeat-players als verzekeraars, banken en werkgeversorganisaties. En ik denk ook dat de privaatrechtswetenschap de afgelopen twintig jaar structureler aan de bijbehorende kennisbehoefte tegemoetgekomen is.

6. Twintig jaar later – een laatste bespiegeling

Ik vraag mij als hoogleraar privaatrecht regelmatig af wat mijn maatschappelijke rol is: word ik primair geacht een goed docent te zijn die de volgende generatie wetgevers, rechters en advocaten degelijk opleidt in het geldend recht, en eraan nog wat stukjes schrijft over hoe het beter kan? Of heb ik vooral tot taak het ontwikkelen van een onderzoeksschool met volgelingen, die Haagse beleidsmakers wil beïnvloeden door een visie op rechtvaardige privaatrechtelijke wetgeving te ontwikkelen en te verspreiden? Men moet niet te lang piekeren over die twee uitersten: de maatschappij heeft oneindige behoefte aan beide modellen (en men kan ze zelden in één persoon verenigd zien). Het gaat dus vermoedelijk om in facultair verband een balans tussen deze (en andere) behoeften te vinden. Maar ik zou toch heel bescheiden willen zijn: als men de tegenwoordige privaatrechtswetenschap ziet als scheppende kracht in het beleids- en wetgevingsproces, dan overschat men haar toch schromelijk. Privaatrechtswetenschappers komen zelden met wetgevende innovaties op de proppen, en als ze dat doen, lopen ze het risico te ver voor de troepen uit te lopen. Bovendien zijn zij niet de direct belanghebbenden bij wetgevend ingrijpen, zoals verzekeraars, banken, VNO-NCW, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), consumentenorganisaties, de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) en andere *repeat-players* dat zijn. Het is dus ook goed voorstelbaar dat beleidsmakers en wetgevingsjuristen ‘de professor’ negeren, zolang ze maar de belangen van die gebruikers van het privaatrecht in het oog houden. De privaatrechtswetenschap heeft in de interactie met de wetge-

39 Zie de departementale paper van E. Bauw, F. van Dijk, N. Frenk, J. Griepink, G. Lankhorst, F. Salomons & F. van der Velden, *Claimcultuur. Naar een nieuwe ijstijd?*, 1998. Vervolgens verscheen de ronkende ‘claimcultuur-brief’ van VVD-minister Korthals (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1). Vgl. ook bijv. de *strategische agenda 2002* (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 000, hoofdstuk VI, nr. 2, p. 25 e.v.), waar het onderwerp van de ‘afnemende acceptatie van individuele risico’s’ op de agenda werd gezet (maar niet meer dan dat).

40 Bij het voornemen om verplichte verzekeringen te introduceren voor medische experimenten bleek deze worsteling. Zie bijv. N. Frenk, ‘Medische experimenten: van risico-aansprakelijkheid naar directe schadeverzekering’, *A&V* 1997/afl. 1, p. 30-38.

ver tot taak om dáár aandacht voor te vragen en om belangen die niet gebundeld maar wel in de maatschappij aanwezig zijn, een stem te geven.⁴¹

Men kan zich wat dit betreft trouwens afvragen of privatisten wel invloed op wetgeving *willen* uitoefenen. De europeanisering laat dat zien: veel Nederlandse privatisten doen helemaal niet mee in het Europese debat in de fase dat hun stem nog (wellicht) relevantie heeft, terwijl er wel veel privaatrecht 'uit Brussel' komt. Natuurlijk zijn er privatisten die wél invloed willen hebben op inhoudelijke gronden, maar zij lijken mij in de minderheid te zijn en hun succes is wisselend.

Laat ik afsluiten met een praktisch punt. Het moge duidelijk zijn dat het van veel (toevals)factoren afhangt of de academische inbreng in het privaatrechtelijke wetgevingsproces effect sorteert. En vaak zal het effect heel indirect zijn.⁴² Maar men kan, denk ik, wel de hypothese formuleren dat de academicus die succesrijk wil zijn in het positioneren van zijn visie op betere wetgeving, er verstandig aan doet om kleine concrete stappen voor te stellen. Mijn stellige indruk is dat die beter aanslaan dan grootse vergezichten en radicale veranderingen. Immers, veel privatisten op sleutelposities in wetgevende en rechtsprekende macht zijn relatief behoudend van karakter (en weten vaak beter wat haalbaar is en 'what works' dan sommige academici). Revolutionaire privaatrechtswetenschap staat daar haaks op en dus zal verandering in privaatrechtelijke wetgeving vermoedelijk het beste kunnen worden bewerkstelligd als de privaatrechtswetenschap concrete voorstellen doet voor stapsgewijze verbetering en met concrete aanknopingspunten op de bestaande patronen.⁴³ De professor met abstracte vergezichten zal in het beste geval hooguit zijn leerlingen inspireren en zo heel misschien indirecte invloed op latere wetgeving uitoefenen.

41 Misschien is dat wel wat privaatrechtswetenschappers die zich de afgelopen decennia ontpopten als pleitbezorgers vóór verdergaande milieuaansprakelijkheid en consumentenbescherming, beweegt.

42 Daarover treuren heeft weinig zin. Vranken (2005, p. 153) zegt het treffend: 'Er is geen klachtenbureau, noch een geschillencommissie waar teleurgestelde wetenschapsbeoefenaren verhaal kunnen halen.'

43 Dat zou mogelijk verklaren waarom de Fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht niet direct is vertaald in een fundamenteel nieuw burgerlijk procesrecht, maar wel gezien kan worden als smeermiddel voor concrete kleine aanpassingen. Misschien verklaart dit omgekeerd het succes van wetenschappers die concrete tools voor de rechtspraktijk ontwikkelen. Een voorbeeld is civilist Akkermans (VU), die o.m. *concrete tools* voor knelpunten in de letselschadepraktijk ontwikkelt. Zie A.J. Akkermans, 'Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 93 e.v.